

# ***A ESFINGE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAPUT DO ART.11 DA LEI Nº8.429/92).***

---

**CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS**

*Promotor de Justiça do Estado da Bahia.  
Coordenador do CAO de Proteção da Moralidade  
Administrativa e do Patrimônio Público do MP/BA.*

## ***1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA***

Em que pese o inegável avanço trazido pela Lei n.º n.º 8.429, de 2 de junho de 1992 ("Lei de Improbidade Administrativa" – LIA), que foi editada para dar exeqüibilidade ao art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, alguns deslizes técnicos foram cometidos pelo legislador e que certamente serão corrigidos pela jurisprudência, como aliás já vem sendo feito pela doutrina.

Inquestionavelmente, o dispositivo que mais tem intrigado os aplicadores da LIA, incluídos aí promotores de Justiça, advogados, juízes e administradores públicos, é o art. 11 - onde, segundo o nosso entendimento, o legislador deu margem à possibilidade de existência de graves excessos de interpretação, fato aliás alertado por Marcelo Figueiredo<sup>1</sup>, que chama atenção

---

<sup>1</sup> Probidade Administrativa (Comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar), 3ª edição atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Edições, 1998, pp. 59/61.

para a necessidade de um esforço doutrinário para traçar um conceito jurídico de *ato improbidade administrativa*, estabelecendo os seus precisos limites, que, lamentavelmente, foi olvidado pelo legislador, tornando o art. 11 naquilo que denominamos no I Simpósio Goiano sobre Improbidade Administrativa como a esfinge da LIA<sup>2</sup>, que pede aos operadores do Direito que decifrem com urgência o seu enigma, sob pena de devorar a honra, a paz e o patrimônio de inúmeros agentes públicos dignos por possíveis hermenêuticas extensivas (apressadas interpretações ao pé da letra) que venham a qualificar como improbidade administrativa qualquer ato ilegal praticado por agente público, gerando assim uma verdadeira balbúrdia na ordem jurídica, ou seja, fazendo com que um simples fato corriqueiro e que motivasse apenas de uma sanção disciplinar punível com advertência se transmudasse por exagero em ato de improbidade administrativa por violação ao art. 11 e, conseqüentemente, carretando as duras sanções decorrentes do art. 12, inciso III, da LIA, como a perda da função pública que, *em tese*, seria aplicada cumulativamente com as demais ali previstas, e assim por diante. Exemplos semelhantes não faltarão para demonstrar a preocupação dos doutrinadores com possíveis excessos de interpretação, sendo importante aqui lembrarmos as antigas lições de Direito Romano acerca do princípio da equidade desenvolvido por seus jurisconsultos, bem como a lapidar definição de Direito que nos foi legada por Celsus<sup>3</sup>, segundo o qual *jus est ars boni et aequi*, ou seja, *a arte do bom e do eqüitativo* (grifos nossos).

E é em relação à violação do princípio da legalidade onde a atenção do exegeta deve ser mais cuidadosa. Como já advertiu Fábio Medina Osório<sup>4</sup>, não será qualquer ilegalidade que poderá ensejar a configuração da improbidade administrativa, entendendo o ilustre colega do Parquet gaúcho que a caracterizaria "apenas os

---

<sup>2</sup> Monstruosa figura mitológica com corpo de leão, cabeça humana e asas que, na tragédia grega Édipo Rei, de Sófocles, devorava os que não conseguiam decifrar o seu enigma.

<sup>3</sup> *apud* Curso de Direito Romano, José Cretella Júnior, 7ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.24.

<sup>4</sup> Improbidade Administrativa (Observações sobre a Lei nº 8.429/92), 2ª Edição Ampliada e atualizada, Porto Alegre: Síntese, 1998, pp. 129/137.

atos que, além de ilegais, se mostrarem fruto da desonestidade ou inequívoca e intolerável incompetência do agente público". Em que pese preferirmos outra fundamentação, consoante com a nossa proposição adiante exposta, existe um consenso acerca de não se levar às últimas conseqüências a interpretação do preceito legal que cuida da violação ao princípio da legalidade. Afinal, se tal ocorresse, como exemplifica Fábio Medina Osório<sup>5</sup>, toda ação de mandado de segurança que fosse julgada procedente, por exemplo, acarretaria a conseqüente responsabilização da autoridade coatora por prática de ato de improbidade administrativa que atenta contra o princípio da legalidade, fato que redundaria em grande descalabro para a administração pública, onde passaria a reinar a insegurança jurídica com inestimável prejuízo aos próprios administrados.

Portanto, assiste inteira razão ao ilustre colega gaúcho quando afirma que não é a "mera ilegalidade pura e simples" o suficiente para caracterizar o ato de improbidade administrativa por violação ao princípio da legalidade - que exige, obviamente, um *plus jurídico* para a sua caracterização - aduzimos nós.

Quando falamos das dificuldades do art. 11, obviamente não nos referimos aos seus incisos de I a VII, cujos perfis ou limites estão perfeitamente delineados, mas ao preceito do *caput* que define genericamente os *atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública*, ou seja, dos atos que violem os deveres de honestidade, impessoalidade, legalidade e lealdade às instituições, onde reina certa imprecisão e justamente onde também sentimos a falta de um conceito legal e preciso de *ato de improbidade administrativa* que nos ajude no seu deslinde hermenêutico.

O problema ganha especial relevância quando constatamos que reside justamente no art. 11 o principal dentre os muitos avanços trazidos pela LIA em relação, por exemplo, à Lei de Ação Popular (4.717/65), porquanto além de não exigir a ocorrência da *lesividade* para a caracterização de *todas as hipóteses* que preceitua, ou seja, para a consumação dos "atos de improbidade

---

<sup>5</sup> *Opus cit.*, p. 129.

administrativa que atentam contra os princípios da administração pública", o artigo funciona ainda como uma espécie de "malha fina" do sistema de proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa, significando, conforme o magistério de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior<sup>6</sup>, que "o art. 11 da Lei Federal nº8.429/92 funciona como regra de reserva, para os casos de improbidade administrativa que não acarretam lesão ao erário nem importam em enriquecimento ilícito do agente público que a pratica", e isso decorre da flexibilidade do disposto no art. 21, que estabelece a inexigibilidade da ocorrência de *efetivo dano* para a sua efetiva caracterização.

## 2. PROPOSIÇÃO

À minguada de uma conceituação legal para o ato de improbidade administrativa e sem pretendermos traçar aqui o seu esboço doutrinário (que não é o objetivo do nosso trabalho), por entendermos a necessidade de se fixar os limites de preceitos tão genéricos – princípios administrativos - até mesmo para tornar tão importante dispositivo legal (o *caput* do art.11) exequível, após perquirirmos a etiologia da Lei nº8.429/92 (LIA), concluímos que na interpretação da espécie de improbidade administrativa por violação de princípios ali prevista, se exige, inexoravelmente, a *conjugação* de mais dois elementos para a sua caracterização além da (a) ação ou omissão dolosa do agente público, e de que (b) a conduta viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, que são, respectivamente:

- c) a demonstração da efetiva ocorrência de *perigo de dano* ao patrimônio público na ação ou omissão do agente que atente contra os princípios administrativos;
- d) que, diante do potencial ofensivo da conduta, a opção pela aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso III, da LIA,

---

<sup>6</sup> Improbidade Administrativa (Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público), 3ª Edição revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 1998, pp. 120/121.

não atente contra o "*princípio constitucional da proporcionalidade*".

Em relação aos dois últimos elementos que entendemos imprescindíveis para a efetiva caracterização do ato de improbidade administrativa pôr violação dos princípios da administração pública e que - frise-se - dizem respeito tão-somente ao caput do art. 11, nos deteremos um pouco adiante, em tópicos específicos, uma vez que os demais já constam do dispositivo legal comentado e não necessitam de maiores esclarecimentos.

Para exemplificarmos o nosso raciocínio, no sentido de, *dentro do método de análise que propomos*, caracterizarmos *corretamente* uma conduta como violadora de princípio administrativo e, pôr conseguinte, como infratora do preceito contido no caput do art. 11, expomos aqui duas distintas hipóteses, a primeira delas extraída de um artigo de jornal de nossa autoria<sup>7</sup>:

- a) o advogado de empresa, mesmo privada, mas que recebesse, p. ex., subvenção ou incentivo, fiscal ou creditício (ou que estivesse na situação prevista no art. 1º, caput, ou no seu parágrafo único), e que aceitasse defender, quer em ação popular quer em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, qualquer agente da respectiva empresa, mesmo que o fizesse no exercício de sua advocacia particular e se remunerado pelo aludido agente, violaria o art.11, *caput*, e cometeria ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública, especificamente por violação aos deveres de moralidade e de lealdade que deveria ter para com a entidade cujos interesses a ele caberia defender. Constituiria absurdo contra-senso que o advogado aceitasse a imoral defesa do agente acusado de ter causado prejuízo à instituição a qual a ele caberia defender, mesmo quando a empresa não tivesse se habilitado como interveniente, ou não figurasse em um dos pólos da relação processual, que, *in casu*, estariam

---

<sup>7</sup> "O Advogado como Autor de Improbidade Administrativa", jornal A Tarde, edição de 17 de abril de 1999, 3º Caderno, p. 06.

ocupados pelo cidadão (na ação popular) ou Ministério Público (na ação civil pública por ato de improbidade administrativa), no polo ativo, e pelo agente ímprobo no polo passivo.

Na hipótese, haveria sem dúvida o *perigo concreto* de prejuízo ou dano ao patrimônio público, uma vez que este teria corrido o risco de deixar de receber os valores legalmente previstos no art. 12, como por exemplo, a multa civil e, a depender da situação, o ressarcimento pelo dano sofrido pela empresa que estivesse na situação prevista pelo art. 1º, caput, ou no seu parágrafo único. Por outro lado, diante da gravidade da infração e o potencial de dano revelado na situação de perigo não estaria amparado, *in casu*, o causídico ímprobo, pelo *princípio da proporcionalidade*;

- b) o servidor que comete falta funcional para a qual está cominada pena de advertência, por exemplo, em que pese a sua conduta ter operado, *em tese*, a subsunção ao preceito legal contido no caput do art. 11, haveria a inocorrência do ato de improbidade administrativa diante do potencial ofensivo da conduta não justificar a aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso III, da LIA, consoante o implícito princípio constitucional da proporcionalidade.

Em suma, podem existir três situações distintas, cada uma reclamando solução diferente:

- I - se não ocorrer *perigo* de alguma forma *de dano* ao patrimônio público, não se caracterizariam as hipóteses do *caput* do art. 11 da LIA;
- II - se tal *perigo* ou *risco de dano* ocorrer, mas o potencial ofensivo da conduta perigosa caracterizar a "improbidade de bagatela", o *princípio da proporcionalidade* recomendaria a adoção das sanções disciplinares como suficientes para a reprovação do ato ilícito;
- III - por outro lado, sempre que o *perigo de dano* fosse relevante, estaria o agente automaticamente desamparado pelo *princípio da proporcionalidade*, sendo-lhe aplicável, por conseguinte, o disposto no caput do art. 11 combinado com o art. 12, inciso III, da LIA.

### 3. O PERIGO DE DANO

A teoria do delito de periclitacão tem sede no Direito Penal, onde se encontra devidamente assentada e pode nos fornecer grande auxílio no esforço hermenêutico de buscar uma aplicação equitativa e de acordo com os fins visados pelo legislador constituinte quando esculpiu os preceitos do art. 37, *caput* e § 4º da Constituição Federal, que restou um tanto extrapolado pelo legislador ordinário quando da edição da Lei nº 8.429/92 (LIA).

Em linhas gerais, segundo o ensinamento de Damásio Evangelista de Jesus<sup>8</sup>, ao contrário dos crimes de dano, que exigem para a sua consumação a efetiva lesão ao bem jurídico (como no homicídio e nas lesões corporais), nos crimes de perigo ocorre a consumação tão-somente com a possibilidade do dano (como, v.g., no delito de perigo de contágio venéreo - art. 130, *caput*, do Código Penal, - que não prevê a ocorrência efetiva do contágio para a sua consumação, bastando que o agente mantenha relação sexual com a vítima, consciente de que pode lhe transmitir a moléstia).

Do contexto da Lei nº 8.429/92 (que somente comina *sanções civis* para os atos de improbidade administrativa), especialmente do disposto no art. 21 - que estabelece que para a aplicação das sanções prevista na LIA, independe a efetiva ocorrência de dano - e dos artigos 9º e 10, concluímos, com Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior<sup>9</sup>, que a *não exigência de dano ao patrimônio público* para a caracterização do ato de improbidade administrativa é possível em todas as hipóteses do art. 11 e em algumas do art. 9º. Contudo, para atermo-nos aos liames deste trabalho, nos limitamos aqui à análise do *caput* do art. 11 e da violação de seus princípios administrativos.

Diante disso, a lógica recomenda atentar-se para o relevo de que se reveste a situação de perigo para a caracterização das

---

<sup>8</sup> Direito Penal - 1º Volume - Parte Geral (De acordo com a Lei nº7.209, de 11-7-1984), 12ª edição, Revista, São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 166/167.

<sup>9</sup> *Opus citatum*, p. 136.

infrações ali previstas, em conjunção ao princípio da proporcionalidade, sobre o qual discorreremos adiante.

Diferentemente de seu caput, os incisos de I a VII do art.11 não apresentam as mesmas dificuldades de interpretação diante do fato do legislador, segundo o nosso entendimento, ter estabelecido as hipóteses ali descritas como de *perigo presumido*, que é, ainda segundo a lição do ilustre mestre paulista<sup>10</sup>, "o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo", tendo o legislador o presumido *juris et de jure*", ou seja, a presunção legal que não precisa ser provada.

Em suma, não vislumbramos empecilho para a aplicação da teoria do perigo, emprestada do Direito Penal, na área cível, especialmente diante do estilo sancionatório adotado da Lei nº 8.429/92.

#### **4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

No âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, devemos a Fábio Medina Osório<sup>11</sup>, o esforço pioneiro de integração do princípio da proporcionalidade aos seus dispositivos, verdadeira chave para a solução dos maiores problemas enfrentados pelos profissionais do Direito que atuam e necessitam interpretar e aplicar diariamente a LIA, por enquanto com repercussão na doutrina, mas brevemente com reflexos na jurisprudência pátria, como esperamos.

A propósito, entende Paulo Bonavides<sup>12</sup> que, de partida, ao se tratar do princípio da proporcionalidade, é necessário ponderar a advertência do mestre francês Xavier Philippe, para quem há princípios mais fáceis de compreender do que definir, e para quem o princípio da proporcionalidade pode ser ilustrado na máxima: "de dois males, faz-se mister escolher o menor".

---

<sup>10</sup> *Opus citatum*, p. 167.

<sup>11</sup> *Opus citatum*, pp. 263/280.

<sup>12</sup> Curso de Direito Constitucional, 5ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, pp. 356 e 361.



Como não cabe neste trabalho adentrarmos na análise de tão complexo tema do Direito Constitucional, como, aliás, o faz com a maestria de sempre o festejado publicista cearense, apenas salientamos aqui que, já aplicado por nossos tribunais na área do Direito Tributário, como necessidade de se rever os excessos da atuação do Fisco, o princípio da proporcionalidade consiste, em linhas gerais, na exclusão ou na atenuação das conseqüências sancionatórias decorrentes da infração de um determinado preceito legal diante da ausência, na conduta ilícita, de um mínimo de nocividade social que justifique a sua subsunção aos rigores da legislação.

Busca-se evitar a desproporção entre a ilicitude de bagatela e as duras penas da lei, justificando-se, para tanto, a existência do princípio constitucional da proporcionalidade, implícito na Lei Maior e que autoriza o Poder Judiciário a buscar o equilíbrio na interpretação e aplicação das normas constitucionais e infra-constitucionais.

Apesar de poder ser utilizado nas três espécies de ato de improbidade administrativa, neste trabalho optamos por limitar o nosso esforço à solução do enigma constante da esfinge da LIA - o *caput* de seu art. 11, como já dissemos.

## 5. CONCLUSÕES

Diante do exposto e demonstrado nas linhas acima, concluímos, em essência, que a solução para a justa interpretação dos preceitos contidos no *caput* do art. 11 da LIA (violação de princípios administrativos) exige a *conjugação* das seguintes condições:

- 1 - a demonstração da efetiva ocorrência de perigo de dano ao patrimônio público na ação ou omissão dolosa do agente que atente contra os princípios administrativos;
- 2 - que diante do potencial ofensivo da conduta, a opção pela aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso III, da LIA, não atente contra o "princípio constitucional da proporcionalidade".

## **BIBLIOGRAFIA**

- BONAVIDES, Paulo - Curso de Direito Constitucional, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- CRETELLA Júnior, José - Curso de Direito Romano, 7ª ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- FIGUEIREDO, Marcelo - Probidade Administrativa (Comentários à Lei n.º 8.429/92 e legislação complementar), 3ª ed. atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1998.
- JESUS, Damásio Evangelista De - Direito Penal - 1º Volume - Parte Geral (De acordo com a Lei n.º 7.209, de 11-7-1984 ), 12ª ed., Revista, São Paulo: Saraiva, 1988.
- OSÓRIO, Fábio Medina - Improbidade Administrativa (Observações sobre a Lei nº 8.429/92), 2ª ed. Ampliada e Atualizada, Porto Alegre: Síntese, 1998.
- PAZZAGLINI Filho, Marino *et. al.* - Improbidade Administrativa (Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público), 3ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 1998.

## **OUTRA FONTE**

- *Jornal A TARDE*, edição de 17 de abril de 1999.